nirgends vorausgesetzt werden kann. Es liegt in dem Wesen der constitutionellen Monarchie, daß eine jede Vorschrift, welche die Zustimmung der Kammern und die Sanction des Fürsten erhalten hat, schlechthin verpflichtend sey, sobald sie nur in dieser Eigenschaft auf die verfassungsmäßige Weise beglaubiget worden ist. Nur über die Thatsache dieser Beglaubigung sind die Gerichte zu erkennen berechtiget.

VII.

Ueber die Regel dies interpellat pro homine.

Von Thibaut.

Mit der Mehrzahl der Glossatoren haben die späteren Rechtslehrer gewöhnlich den Grundsatz befolgt: dies interpellat pro homine, d. h. wenn eine bestimmte Zahlungszeit gesetzt ist, welche der Schuldner nicht einhält, so treffen denselben, auch ohne Statt gehabtes Mahnen des Gläubigers, alle gesetzlichen und vertragsmäßigen Folgen der mora. Indeß hat es von Zeit zu Zeit einzelne Dissentientes gegeben, bald mit dieser, bald mit jener Modification. Am scheinbarsten ward in den letzten Zeiten von Neustetel [1]) eine, schon früher von Andern versuchte Mitteltheorie vertheidigt, welche dahin geht: jenes dies interpellat pro homine gelte freilich in Beziehung auf die vertragsmäßigen Wirkungen der mora, z. B. bei der lex commissoria [2]), und dar-

1) In diesem Archiv 5. B. 2. Hft. Nr. 8.

2) L. 4. §. 4. de lege commissor. (18. 3.)

auf, aber nur auch darauf, gehe Justinians berühmte Lex Magnam[3]; allein die gesetzlichen Nachtheile der mora träten stets nur dann ein, wenn nach der bestimmten Zahlungszeit der Schuldner vom Gläubiger gemahnt sey. Ich habe mich in dieser Zeitschrift[4]) ausführlich gegen diese Idee, und für die gemeine Theorie erklärt, und bedeutende Männer sind mir in dieser Hinsicht beigetreten[5]). Allein auf der andern Seite hatte ich auch einen harten Stand, indem mich v. Schröter[6]) in einer ausführlichen Abhandlung angriff, und die Neustetelsche Idee, mit kleinen Modificationen, durch alle möglichen Argumente zu vertheidigen suchte, indem er zugleich auf musterhafte Art die Literärgeschichte dieser Lehre gab.

Wie gern würde ich einem solchen Gegner nachgeben, welcher in seinem Streben für Recht und Wahrheit immer so ernst und eifrig war! Allein seine Einwendungen haben mich nicht überzeugt, und daher muß ich wohl die Feder ergreifen, damit mein Schweigen nicht wie ein versteckter Widerruf genommen werde. Den Weitläuftigkeiten, welche gewöhnlich nur verwirren, mit Recht abgeneigt, will ich das Wesentliche möglichst kurz entwickeln, alle sogenannten rationes concomitantes, welche nur mit der Hauptsache stehen, aber gewiß mit dieser fallen, gänzlich umgehen, und auch die kleinen Nebentheorieen Andrer nicht berühren, welche v. Schröter hinlänglich widerlegte, und welche schwerlich jetzt noch irgend einen Anhänger finden werden.

Also nur Dieß, als Dasjenige, worin ich allein das Wesentliche anerkennen kann!

---

3) L. 12. C. de contrah. stip. (8. 38.)

4) 6. B. 1. Hft. Nr. 2.

5) Vor Allen nenne ich gern Mühlenbruch doctrina Pand. ed. III. T. 2. §. 371.

6) In Linde rc. Zeitschrift. 4. B. 1. Hft. Nr. V.

I) Auf die Natur der Sache lege ich überall großes Gewicht, und namentlich auch in Beziehung auf das Römische Recht. Denn die classischen Juristen der Römer litten nicht durch die unjuristische Hölzernheit, welche in Deutschland jetzt immer mehr einreißt, wenn sie auch durch eine gewisse Gelehrsamkeit vertuscht wird; und wer mit reinem Gemüth die Schriften jener Classiker aufgefaßt hat, der wird bekennen müssen, daß ihr bewundernswürdiger Vorzug gerade in der lebendigen Erkenntniß des Lebens bestand. Mit Rücksicht auf die Natur der Sache, d. h. mit Rücksicht auf das, was von Bauern und Bürgern als ganz natürlich betrachtet wird, sage ich nun so: die Zusage, daß man Verbindlichkeiten gegen Andre haben und anerkennen wolle, enthält an sich noch keineswegs die Erklärung, daß die Leistung sofort nachfolgen müsse. Denn der Gläubiger will dieß oft selbst nicht; warum soll er also, wie man zu sagen pflegt, dem Schuldner nicht erst durch Mahnen den Mund gönnen? Dinge ich also einen Kutscher zu einer Reise nach der Schweiz, so werde ich gewiß nicht erwarten, daß er auf der Stelle vorfahre, sondern wir werden beiderseits über das Wann? noch nähere Erklärungen voraussetzen. Selbst bei unbestimmtem Geldversprechen verhält es sich auf gleiche Weise, in so fern es oft im Interesse des Gläubigers liegt, erst dann das Geld in Empfang zu nehmen, wenn es zu seinen übrigen Einrichtungen paßt. Allein wenn ein bestimmter Tag, eine bestimmte Stunde zur Zahlung gesetzt ist, wo könnten dann, wenigstens in der Regel, der Gläubiger und Schuldner auf die Idee kommen, das Schlaudern und Verziehen sey sachgemäß, und die schuldige Thätigkeit sey noch durch einen besondern Stoß herauszubringen? Kein, auf eine bestimmte Stunde bestellter Kutscher wird an dergleichen denken, und eben so wenig ein Lehrer, welcher für eine gesetzte Stunde seine Vorlesungen angekündigt hat. Von der vorgefaßten Idee ausgehend, es sey nun einmal von den Gesetzen auch hier eine Interpellation verlangt, sucht nun v. Schrö-

ter [7]) dem gemeinen Verstande dadurch näher zu kommen, daß er sagt: es kann durch Verträge herausgebracht werden, daß mit der bestimmten Stunde von selbst die Verantwortlichkeit eintreten soll. Allein die gesetzgebende Weisheit kann so nicht reden, weil es verkehrt ist, wenn die Gesetzgebung für den zweifelhaften Fall etwas annimmt, was sie nicht hätte annehmen sollen, aber dann doch den Bürgern überläßt, durch Verträge die Sache besser zu machen. Das Rechte ist und bleibt immer, wenn der Bürger in den Gesetzen eben das findet, worauf der gesunde Verstand von selbst kommt, und was das Studiren der Gesetze unnöthig macht.

Eben so wenig kann ich es als einen allgemeinen positiv-rechtlichen Grund gegen meine Ansicht gelten lassen, wenn mir eingewandt ist [8]): wir hätten nun einmal die unbeschränkte gesetzliche Regel: diei adiectio pro *reo* est, non pro stipulatore, also könne aus der Festsetzung der bestimmten Zahlungszeit kein, den gewöhnlichen Grundsätzen über mora widerstreitender Vortheil für den Gläubiger erwachsen. Denn wenn man die Hauptgesetze vergleicht, welche jene Regel unbestimmt, oder in Ansehung ihrer Anwendbarkeit berühren [9]), so geht Alles nur dahin: wer unbestimmt Schuldner ward, der kann sofort auf Zahlung belangt werden; wenn aber ein dies gesetzt ist, so findet nur das Recht, aber nicht die Pflicht der Zahlung vor jenem Tage Statt. Auf die zweite Frage: wie es nach dem Tage zu halten sey, bezieht sich jene Regel gar nicht, und kann auch nach einfachen Grundsätzen der grammatischen Auslegung nicht darauf bezogen werden. Denn wenn man mit der Gegenparthey annimmt, daß ungeachtet der Festsetzung eines bestimmten Tages doch erst durch Interpellation der Schuldner in mora

7) a. a. O. S. 163—168.

8) v. Schröter a. a. O. S. 136—144.

9) L. 21. pr. quando dies legator. (36. 2.) L. 44. §. 1. de O. et A. (44. 7.) L. 41. §. 1. 2. L. 46. pr. de V. O. (45. 1.) L. 213. de V. S. (50. 16.) L. 17. de R. J. (50. 17.).

versetzt werden kann; so heißt dieß so viel, als: der dies ändert nichts an den gewöhnlichen Grundsätzen über mora. Man kann also in Betreff der *mora* nicht sagen: diei adiectio est *pro reo*, wenn man nicht daneben annehmen will, der Ausdruck est pro reo habe hier einen doppelten Sinn. Einen solchen zwiefachen Sinn desselben Wortes in derselben Proposition darf man aber nicht annehmen. Gute Philologen haben stets so gelehrt, und mit ihnen auch Ulpianus [10]. Jenes: diei adiectio est pro reo hat also mit der Frage über den Eintritt der mora nichts zu thun.

II) Ich halte hier die Unterscheidung der Gegner zwischen den vertragsmäßigen und gesetzlichen Folgen der Verzögerung an sich für ganz unhaltbar. Wenn nämlich einmal die Idee fest steht: der dies bewirkt an sich keine Zahlungspflicht, und es ist an sich kein Versehen, wenn man ihn ohne Leistung verstreichen läßt, so kann man fragen: warum soll denn dieselbe Idee nicht auch in Beziehung auf die vertragsmäßigen Folgen der mora ihre Anwendung finden? Die Gegner suchen zwar dadurch auszuweichen, daß sie sagen, der Tag nehme die Natur einer *conditio* an, wenn sich Jemand vertragsmäßig wegen einer, zur bestimmten Zeit nicht bewirkten Leistung gewissen Nachtheilen unterwerfe, und bei einer conditio komme es auf das: si per eum non stetit nicht an. Allein ich muß mich ganz gegen dieß Ausweichen erklären. Der dies ist nur dann bloße conditio, wenn er als Etwas, was geschehen könne, ausgesprochen ist, z. B. „wenn Du übermorgen ausfährst, so will ich Dir 100 geben.“ Allein wenn die Leistung an einem gewissen Tage zur Pflicht gemacht ist, also der Promittent darauf belangt werden kann, so muß der Acceptant sich auch an die Regel: impossibilium nulla datur obligatio erinnern, und dem Promittenten die Verzeihung angedeihen lassen, worauf jeder Contrahent An-

10) L. 4. §. 2. de vulg. subst. (28. 6.).

spruch hat, welcher nicht in culpa war; und da kann denn auch in Beziehung auf die vertragsmäßigen Wirkungen der Verzögerung der Promittent sich frei machen, wenn er beweist, daß er zur gesetzten Zeit nicht leisten konnte [11]. Mithin ist hier der dies etwas ganz Anderes, als eine bloße conditio, und so muß man in Beziehung auf alle Folgen der Verzögerung, sie mögen gesetzlich oder vertragsmäßig seyn, entweder die Interpellation unbedingt fordern, oder unbedingt für unnöthig erklären.

III) Es gibt positiv-rechtliche Gründe, welche für die Regel: dies interpellat pro homine ganz entscheidend sind, und zwar folgende:

1) Die Verwirkung einer Strafe ist immer härter, und weniger anzunehmen, als eine bloße Entschädigungspflicht. Finden wir also in den Gesetzen, daß bloße Strafen des Verzuges kein Mahnen erfordern, wenn der Schuldner nicht zur gesetzten Zeit leistete, so muß man dasselbe um so mehr in Betreff der gewöhnlichen Folgen der mora annehmen, welche nur auf Entschädigung gehen, wie die Pflicht, das Interesse und Verzugszinsen zu bezahlen [12]. Nun aber haben wir bestimmte Gesetze für das Erste. In L. 2. C. de jure emphyt. (4. 66.) verordnet nämlich Justinian: der Emphyteute, welcher 3 Jahre, also in den festgesetzten Terminen, den Canon nicht bezahlt habe, solle die Emphyteusis zur Strafe verlieren, und zwar ohne Statt gehabtes Mahnen. Als Grund wird nicht angegeben, daß hier einmal bei der Emphyteusis etwas Singuläres statuirt werden solle, sondern der Kaiser beruft sich darauf, daß es aus dem allgemeinen Raisonnement seiner Lex Magnam folge: quum neminem oporteat conventionem vel

---

11) L. 23. de O. et A. (44. 7.) cap. 6. X. de pignor. (3. 21.).

12) Daraus, und wohl nur daraus erklärt es sich, daß nach der L. Magnam die Juristen darüber gestritten hatten, ob das Verfallen der *poena* conventionalis ohne Mahnen eintrete.

admonitionem expectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est. Im cap. 4. X. de locat. (3. 18) verordnet Gregor XIII. dasselbe, und setzt als Grund hinzu: quum in hoc casu dies statuta pro domino interpellet. Zwar hat v. Schröter [13]) eingewandt: es sey in L. 2. C. cit. ganz und gar nicht von mora die Rede, die Gesetze bezögen sich hier nur auf Strafen, und die Decretale verwerfe vielmehr im Ganzen den Grundsatz: dies interpellat pro homine, da sie ihn nur *in hoc casu* zulasse. Allein ich sehe nicht ein, wie man für den gegebenen Fall nicht von einer mora sprechen soll, indem ja dabei gerade von dem die Rede ist, was man, als culposa frustratio, eine mora nennt. Auf jenes: in hoc casu kann aber unmöglich in der Art, wie es v. Schröter will, das Gewicht gelegt werden. Denn zur Zeit der Abfassung jener Decretale war es ja herrschende Ansicht der Bononischen Rechtslehrer, daß der festgesetzte Tag das Mahnen unnöthig mache. Der Papst wendet also dieß Prinzip nur auf den gegebenen Fall an, weil er, wegen der dem Emphyteute gesetzten Fristen, darauf angewandt werden mußte. Auf allen Fall aber setze ich den Einwand entgegen: wer für gesetzliche Strafen das sofortige Verwirken eintreten läßt, der muß es noch mehr in Betreff der übrigen gesetzlichen Folgen der mora zulassen.

2) Wenn es Rechtssatz ist, daß der Schuldner unaufgefordert an dem bestimmten Tage zu zahlen habe, so kann und muß man, weil die ignorantia facti proprii in der Regel nicht verziehen wird, ganz richtig mit dem cap. 31. de R. J. in VI. (5. Tit. ult.) sagen: eum qui certus est, certiorari ulterius non oportet, oder mit der erwähnten Lex Magnam: es bedürfe hier keiner Admonition des Gläubigers, quum ea,

13) a. a. O. S. 193–197.

quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere. Wenn man von der vorgefaßten Idee ausgeht, der dies sey absolut *pro* debitore, wie es v. Schröter nach dem Obigen unrichtig thut, so muß man freilich mit ihm [14]) nothgedrungen die Sache so zu drehen suchen, als ob der Schuldner sich nicht an den Tag, sondern an die Obligation und die versprochene Strafe zu erinnern habe. Allein damit wird Alles ganz wunderlich. Denn die Kraft der Obligation hängt nicht von der Erinnerungskraft des Schuldners ab, und davon redet ja auch die Lex Magnam nicht, sondern bloß davon, ob das Setzen einer Zahlungszeit den Schuldner verpflichte, seiner Schuldigkeit ohne Mahnen nachzukommen.

3) In L. 10. C. de act. emt. (4. 49.) haben wir folgendes Rescript von Diocletian und Maximian:

> Quum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti interest tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes.

Die factischen Momente sind nun in diesem Rescript bestimmt gegeben: der Lieferungstag ward verabredet, aber die Lieferung erfolgte nicht zur gesetzten Zeit, und daran reihet sich gleich die Entscheidung über Leistung des Interesse, also über eine gesetzliche Folge des Verzugs. Was kann nun für die, von mir vertheidigte Theorie klarer seyn? Auf eine eigne Art ist hier v. Schröter [15]) ausgewichen, indem er jenes Rescript nicht als eine Art von lex obstans anführt, sondern bloß nebenbei zur Bestätigung der, von ihm selbst aufgestellten Regel, daß freilich der dies seine Wirkung habe, wenn ein Vertrag nur mit Rücksicht auf die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit geschlossen sey. Allein vor den Worten tempore placito finde ich von jenem nur so wenig Etwas, als in der

14) a. a. O. S. 180—182.
15) a. a. O. S. 166.

Mitte dieser beiden Worte, oder hinter denselben. Also habe ich klare Worte des Gesetzes für, und bloß Fictionen nach vorgefaßten Ideen gegen mich, wodurch ich denn wohl zu der Frage berechtigt werde, wer hier von beiden Theilen auf dem festesten Boden steht?

4) In L. 114. de V. O. (45. 1.) entscheidet Ulpian so:

Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quo minus ea die praestitur, consecuturum me quanti mea intersit, moram facti (oder factam) non esse.

Ich muß dieses Fragment, ungeachtet des Widerspruchs, den mir v. Schröter [16]) entgegengesetzt hat, nach wie vor zum Besten der gemeinen Theorie benutzen. Denn nach dem Obigen gilt es als culpa des Promittenten, wenn er den gesetzten Tag vergißt, und ohne Zahlung vorübergehen läßt. Thut er es nun dennoch (natürlich ohne daß ihm andre gerechte Hindernisse die Zahlung unmöglich machen), so ist er in culpa, fällt mithin unter das per eum stetit, und muß die gesetzlichen Folgen der mora gegen sich gelten lassen. Mir ist zwar vorgeworfen, meine Auslegung beruhe auf der unerwiesenen Voraussetzung, daß sofort mit dem dies die Zahlungspflicht eintrete. Allein nach dem Obigen, und nach dem, was weiter unten gesagt werden soll, muß ich meine Voraussetzung grade als erwiesen, und die entgegengesetzte für unerwiesen und falsch erklären.

5) In L. 135. §. 2. de V. O. (45. 1.) kommt der Fall vor, daß der Schuldner die Zahlung binnen einer bestimmten Frist angelobt hatte. Hier wird nun entschieden, daß die Wirkung der mora eintrete, wenn der Schuldner innerhalb der Frist keine vollständige Zahlung leistete. Obgleich das Gesetz alle Umstände und möglichen Nebenverhältnisse berührt, so deutet er doch nicht entfernt darauf hin, daß hier auch noch eine Interpellation nöthig gewesen sey. Es

16) a. a. O. S. 159—163.

paßt also vortrefflich zu meiner Hauptansicht, während v. Schröter [17]) auch hier wieder supponiren muß, der Jurist habe die Interpellation des Gläubigers als Etwas betrachtet, was sich nebenbei von selbst verstehe.

Hiernach wird es also

IV) nun doch darauf ankommen, die Gründe zu prüfen, welche v. Schröter positiv für seine Ansicht benutzt hat. Sie sind folgende:

1) In L. 32. pr. de usur. (22. 1.) stehe ganz unbeschränkt: mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, und dieser Grundsatz finde sich auch sonst noch oft in den Gesetzen [18]). Daneben finde sich zwar für minores eine Ausnahme [19]); allein weil sie nur auf minores gerichtet sey, so müsse man für majores immer eine mora ex persona annehmen [20]).

Dagegen bedarf es aber wohl nur dieser Erinnerungen. Es ist bekannt [21]), daß die Römischen Juristen sich nie, wie viele unsrer neueren Juristen, bemühten, durch zugespitzte Definitionen und Regeln alle Ausnahmen abzuwenden, sondern daß sie lebendig die Regeln nach dem Gewöhnlichen stellten, und dann am gehörigen Orte die Ausnahmen und Anomalien nachtrugen; daher man im Römischen Rechte das: species generi derogat überall zur Anwendung bringen muß. Wenn also die mora ex persona die Regel, und im zweifelhaften Fall immer anzunehmen ist, so folgt daraus ganz und gar nichts gegen die mora ex re in den Fällen, wo sie die Gesetze anerkennen, also auch nichts gegen den, hier in Frage

17) a. a. O. S. 192.

18) L. 24. §. 2. de usus. (22. 1.) L. 2. de naut. foen. (22. 2.) L. 36. §. 3. de legat. I. (30.) L. 24. quando dies legat. (35. 2) L. 23. de O. et A. (44. 7.) L. 23. 24. de V. O. (45. 1.)

19) L. 87. §. 1. de legat. II. (31.) L. 3. C. in quib. causs. in int. (2. 41.) L. 5. C. de act. e. v. (4. 49.)

20) v. Schröter a. a. O. S. 130 – 136. 152 — 154.

21) Meine civilist. Abh. S. 186 – 190.

stehenden Grundsatz, wenn die Gesetze aus dem dies eine mora ex re folgen lassen. Das vorhin erwähnte argumentum a contrario mit Rücksicht auf die Gesetze über minores kann ich auch nicht gelten lassen. Denn bei gelegentlichen Äußerungen über einen einzelnen Fall, wobei andre Dinge nicht in Frage waren, kann nur die Regel angewandt werden: unius positio alterius non est exclusio. Auch ist es gewiß, daß wir noch sonst allerlei Fälle haben, in denen die Gesetze nicht gerade für minores eine mora ex re zulassen [22]), und namentlich gehört dahin die, sehr weitumfassende Regel, daß Diebe und Räuber als solche in mora versetzt werden, und darin bis zur Restitution der Sache bleiben [23]).

2) Weit mehr Schein hat es, wenn v. Schröter [24]) sich auf L. 26. pr. §. 1. L. 53. pr. de fideicommiss. libertat. (40. 5.) beruft, aus welchen Fragmenten erhellet, daß allmählig durch Constitutionen zu Gunsten der fideicommissaria libertas angeordnet war; zuerst: der Eintritt des dies soll die Manumission des patrus für die Mutter rechtfertigen, und dann: der dies soll den partus zum ingenuus machen. Darum soll man nun so schließen: was hier bloß in favorem libertatis als Singularität angenommen ist, das muß eben deswegen für andre Fälle geleugnet werden.

Ich würde diesen Schluß für tüchtig halten, wenn nicht der böse Umstand in der Mitte läge, daß hier von Fideicommissen die Rede ist, welche, weil sie Anfangs für den Fiduciar unverbindlich waren, ihre ganz eigne Natur hatten, und später vielfach beibehielten, auch nachdem die Rechtskraft der Fideicommisse förmlich anerkannt war. Das ist nun gerade das Leidige, daß es unter den Kaisern gewöhnlich am civilistischen Muth fehlte; daß man sich lieber mit Conglomeraten

---

22) Wehrn de dolo etc. §. 47. hat sie aufzuzählen gesucht.

23) L. 8. §. 1. L. ult. de cond. Just. (13. 1.) L. 19. de vi et vi arm. (43. 16.) L. ult. C. de condict. ob turp. c. (4. 7.).

24) a. a. O. S. 150–152.

aus Altem und Neuem begnügte, als mit Consequenz etwas Gediegenes schaffte, und daß man dabei am Ende in der Regel wieder den Ausruf als wahr anerkennen muß: „Gesetz und Rechte erben sich wie eine alte Krankheit fort; weh Dir, daß Du ein Enkel bist!" So war es z. B. ganz consequent, daß bei einer manumissio ex fideicommissio nach dem alten Systeme der Freygelassene den Fiduciar als Patron anerkennen mußte, nicht aber, wenn er auf Befehl des Testators die Freiheit bekommen hatte. Denn im letzten Fall stand der Erbe nicht unter seiner eigenen Willkühr, also war der Befehlende im Grunde der Manumissor, während bei den unverbindlichen Fideicommissen der Fiduciar der gnädige Herr, und als solcher zu verehren war. Die Erzwingbarkeit der Fideicommisse, seit August eingeführt, hätte nun zu einem ganz andern System führen sollen, aber doch ließ es die juristische Schwerfälligkeit auch nach August hier, wie auch sonst in Betreff vieler Einzelnheiten, bei den früheren Rechtssätzen [25]). Hiervon ist nun für unsre Frage leicht Gebrauch zu machen. Der Fiduciar, welcher als solcher einen Sklaven zu manumittiren hatte, war dazu nach dem alten System gar nicht verpflichtet. War ihm also ein dies gesetzt, oder nicht, und hatte sogar ein Mahnen Statt gehabt, so blieb die Sache immer dieselbe, weil er an sich juristisch nicht verpflichtet war. Mit der eingeführten Rechtskraft der Fideicommisse hätte dieß Alles cassirt werden sollen. Allein more solito wagte man es nicht, das glühende Eisen frischen Griffs mit Einem Male aus dem Feuer zu ziehen. Also ging es an das Probiren. Erst ward dem dies einige Wirkung beigelegt, und dem, an sich nachdrücklicheren Mahnen noch etwas mehr Wirkung, und am Ende ward durch die letzten Constitutionen dem dies zu Gunsten der Freiheit die volle Wirkung beigelegt. Also darf ich gegen v. Schröter den guten Einwand machen: die, vorhin citirten Fragmente beweisen nicht etwas Singuläres des

25) Gaius II. 266. 267. §. 2. J. de singulis reb. (2. 24.).

dies in Beziehung auf Fideicommisse, sondern umgekehrt, daß man die, Anfangs characterlos gewesenen Fideicommisse immer mehr mit den strengen Grundsätzen über mora in Eintracht zu bringen suchte.

3) Aufs Neue hat sich v. Schröter [26]) auf folgenden Ausspruch des Paulus in L. 17. §. 4. de usur. (22. 1.) berufen:

> Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet,

und denselben für seine Theorie so angewandt: Paulus sage, wenn der Pachter die Verzinsung des zu spät gezahlten Pachtgeldes nicht durch besondern Vertrag versprochen habe, so brauche er dasselbe erst vom Augenblick der mora an zu verzinsen. Daraus könne man mit Recht schließen, daß nicht der bloße Eintritt des Zahlungstages, sondern erst ein anderer Moment die mora begründe. Der Zahlungstag gebe also nur Anspruch auf besonders versprochene Zinsen; fehle daher ein Zinsversprechen, so begründe der dies an sich noch nicht die Pflicht, Verzugszinsen zu erlegen.

Auch diesen Schluß kann ich nicht als richtig betrachten. Die gewöhnliche Natur der Miethe ist nämlich, daß der Miether erst nach Endigung des Gebrauchs das Miethgeld zu bezahlen hat. Mit dieser Endigung beginnt sofort seine Zahlungspflicht. Allein daraus, daß Jemand a momento pflichtig wird, folgt noch nicht, daß sein Zögern schon eine mora ist. Denn jede Pflicht beginnt mit einem gewissen Moment, und doch unterscheiden die Gesetze zwischen obligatus esse und in mora esse. Wenn also mit dem Miether nicht mehr verabredet ist, als, er solle, wenn er das Geld nach Endigung Gebrauchs bei sich behalte, dafür Zinsen erlegen, so ist dieß noch gar kein Setzen eines bestimmten Zahlungs-

---

26) a. a. O. S. 155—157.

tages, die versprochenen Zinsen sind bloße Conventionalzinsen für den Gebrauch des Geldes, und es kann hier überhaupt von gar keinen Folgen der mora die Rede seyn. Verzugszinsen hat also der Miether nur zu erlegen, wenn ihm eine mora vorgeworfen werden kann. In Betreff dieser mora läßt sich dann weiter fragen, auf welche Weise sie entsteht? und will man dieß genauer entwickeln, so muß man sagen: für die Miethe haben wir in dieser Hinsicht keine singulären Gesetze, also kann die mora begründet werden durch Mahnen, oder durch Festsetzung eines bestimmten Zahlungstages, oder dadurch, daß der Vermiether ein minor war u. s. w. Das Letzte hat nun Paulus in dem obigen Fragment auf sich beruhen lassen, und so folgt aus seiner Entscheidung auch nicht das Geringste zum Vortheil der Theorie der Gegner, weil das Gesetz durchaus nicht einen *dies certus solutionis* mit etwas Anderem in Gegensatz stellt.

4) Mehr Berücksichtigung verdient L. 49. §. 3. de V. O. (45. 1.), wo Paulus sagt:

> Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.

Diese Äußerung hat nun v. Schröter [27] sehr scharfsinnig auf diese Art zu seinem Vortheil benutzt: der Jurist erkläre das Mahnen vor dem dies für wirkungslos, und befreie den Promittenten wegen des Zufalls, ohne zu unterscheiden, ob der Sklav vor, oder nach dem gesetzten Tage gestorben sey; also bewirke der dies, ohne Statt gehabtes Mahnen zur gehörigen Zeit, noch keine mora.

Wenn man die Sylben stechen will, so kann man im rein philologischen Anstande zu diesem Resultat kommen Allein auf diese Art kann und darf man die Römischen Juristen nicht auf die Goldwaage eines deutschen Wolfianers le-

27) a. a. O. S. 135.

gen, da sie immer, wie ich schon oft bemerkt habe, dem Gewöhnlichen nachgingen, und Dasjenige, was als bekannt keinen Zweifel leiden kann, bei kleineren Nebenfragen nicht einmischten, wie wir ja auch noch jetzt von Dingen, welche sich nebenbei von selbst verstehen, nicht gern viel Worte machen. Den unvergleichlichen Paulus trifft auch noch, wie bekannt, der Vorwurf, daß er überall zu sehr lakonisch und räthselhaft ist, nie gern auseinander tritt, was doch noch schlechter Köpfe wegen breit zu machen wäre, und auch wohl bloß mit einer scoptischen Frage den einfältigen Domitius ohne Antwort auf dem Sande stehen läßt. Wohin würden wir als Ausleger kommen, wenn wir dieß Alles übersehen wollten? Dann würden wir am Ende sogar noch annehmen müssen, daß ein Pupill alle Verträge, welche sein Tutor, also auch die, welche dieser für sich selbst schloß, sich immer aneignen könne, weil nun einmal Paulus in L. 15. de pact. (2. 14.) unbeschränkt sage: tutoris quoque pactum pupillo prodest.

Nimmt man nun an, daß mit dem Eintritt des dies die mora solvendi von selbst Statt findet, und daß darüber, — den Fall einer verabredeten Strafe nach dem Obigen abgerechnet, — unter den classischen Juristen gar kein Streit und Zweifel war, so kann die L. 49. §. 3. cit. durch eine gehörige geistvolle Interpretation durchaus nur auf die Frage bezogen werden: ob der, vor dem Verfalltage Statt gehabte Tod des Sklaven dem interpellirten Schuldner zum Nachtheil gereiche; und Dieß konnte und mußte Paulus verneinen, weil, wie vorhin ausgeführt ward, der schwebende dies dem Schuldner nutzen soll, das Mahnen vor der Zeit also eine Verkehrtheit ist, und insofern die Verhältnisse nicht ändern kann. Auch darf man dabei nicht vergessen, wie sehr die Römer die Ellipse liebten [28]), und wie unter Allem das

28) E. Palairet Thesaur. ellipsium latinarum. Londin. 1829.

Subintelligiren dann das Natürlichste ist, wenn man Etwas, was kurz vorher gesagt war, in Gedanken mit herüberzieht. Dergleichen kommt auch bei uns genug vor. Sage ich z. B. einem Kinde: wenn du diesen Abend nicht um 9 Uhr zu Hause kommst, so wirst du nichts zum Essen erhalten, dann wird doch Niemand mehr daraus ableiten, als daß die Drohung sich auf diesen Abend bezieht. Gerade von dieser Art ist nun die obige Äußerung des Paulus.

Endlich haben wir nun noch

5) ein Gutachten des Paulus in der Lex Lucius Titius 47. de act. e. v. (19. 1.) in Betracht zu ziehen, worauf v. Schröter[29] viel Gewicht legt, und welches so lautet:

> Lucius Titius, accepta pecunia ad materias vendendas sub poena conventionali, ita, ut si non integras repraestaverit (al: praestiterit), intra statuta tempora, poena (al: in poenam) conveniatur, partim datis materiis decessit. Quum igitur testator in poenam commiserit, neque heres ejus reliquam materiam exhibuerit, an et in usuras conveniri possit, praesertim quum emtor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? Paulus respondit: ex contractu de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse, in actione quoque ex emto officio judicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere.

Auf eine, freilich recht scheinbare Weise, hat v. Schröter dieß Fragment zu seinem Nutzen zu verwenden gesucht, indem er sagt: des, nicht eingehaltenen bestimmten Tages wegen lasse Paulus das Verwirken der Strafe gelten; aber Verzugszinsen erwähne er besonders, und mache in Ansehung ihrer die Zahlungspflicht von der mora abhängig; also ergebe sich daraus, daß man hier die vertragsmäßigen Folgen der Versäumung von den gesetzlichen Folgen der wahren mora zu unterscheiden habe.

---

29) a. a. O. S. 178. 179.

Allein auch diesen Schluß kann ich nicht zugeben. Die Frage war: ob bloß wegen der, am gesetzten Tage nicht erfolgten Leistung auf die Conventionalstrafe und Verzugszinsen geklagt werden könne? In Betreff der Conventionalstrafe konnten hier nun Zweifel Statt finden, weil nach der vorerwähnten L. Magnam über diesen Punkt Streit unter den Juristen war, also verdiente die poena eine besondre Erwähnung; auch war in Betreff der Verzugszinsen noch wieder ein Grund, sie besonders zu erwähnen, da sie eigentlich nicht ex obligatione, sondern officio judicis gefordert werden können, welches die Römischen Juristen gern im Gegensatz hervorheben [30]). Da nun in der Lex Lucius Titius die Worte: post moram intercedentem gewiß auch so übersetzt werden können: „nachdem hier (des dies wegen) die mora eingetreten ist“, so können beide Partheyen aus jenem Fragment keinen entscheidenden Beweis hernehmen, und es muß so, oder so genommen werden, je nachdem aus andern Gesetzen erwiesen ist, daß die interpellatio diei pro homine anzunehmen sey, oder nicht.

Um zu zeigen, daß ich auch den Ellipsen nicht abgeneigt bin, schließe ich mit den Worten: Alles salvo meliori!

---

30) L. 7. de negot. gest. (3. 5.) L. 8. de eo quod certo loco (13. 4.) L. 24. de pos. (16. 3.) L. 49. §. 1. de act. e. v. (19. 1.) L. 54. pr. locat. (19. 2.) L. 4. C. depos. (4. 34.)